POR
DON PEDRO BARBA CONTRA DOÑA ISABEL TAMARIZ CASTROVERDE, DOÑA CATALINA

de Castroverde, y Doña Maria Marmolejo, y consortes.

SOBRE

El mayorazgo que fundò Don Marcos de Castroverde.

EN El pleyto que V.m. tiene visto entre Don Pedro Romero Barba, y Doña Catalina de Castroverde, y Doña Ysabel Tamariz Castroverde, Abadessa del Conuento de la Concepcion, y Doña Maria de Marmolejo, y consortes herederos, que dizen son de Dõ Pedro Romero, Comissario que fue del Santo Oficio, haze por la justicia del dicho Don Pedro Romero Barba los fundamentos siguientes.

Lo primero para la verdadera inteligencia deste pleyto, se tiene de suponer, que Don Marcos de Castroverde estuuo casado con Doña Iuana Camacho, de cuyo matrimonio no tuuieron sucession.

Iten se supone assi mismo, que al tiẽpo y quando murio el dicho Dõ Marcos de Castroverde, tenia por su hermano legitimo a el dicho Don Pedro Romero su hermano, Clerigo Presbytero, y a la dicha doña Ysabel Tamariz Castrouerde, Monja en el Conuento de la Concepciõ Francisca, que es de la Orden de Santa Clara. Y assi mismo tenia por su primo hermano a el dicho don Pedro, hijos ambos de dos hermanas; y tenia assi mismo por sus primas en el mismo grado a las dichas doña Catalina de Castrouerde, hijas de vn hermano de su padre.

Esto supuesto, el año passado de veynte y tres hizo, y otorgó su testamento, y codicillo, en q̃ fundò vn vinculo y mayorazgo, sobre cuya possession se litiga; el dicho don Pedro pretende que se le ha de dar la possession de los bienes del dicho vinculo, por ser primer llamado.

La dicha Doña Catalina de Castroverde lo contradize, diziendo, que por no auerse casado con la susodicha perdio el derecho, y accion, que

que tenia en virtud de los llamamientos.

La dicha doña Ysabel Tamariz Castroverde, hermana del dicho fundador, pretende excluyr los derechos antecedentes, por dezir que es la parienta mas propinqua del fundador, por ser hermana legitima, y los dichos doña Maria Marmolejo, y consortes dizen, que estos bienes son libres, y que los posseyó don Pedro Romero, hermano del fundador, y q̃ este los instituyo por sus herederos.

De manera que estas quatro son las pretensiones de las partes.

Y assi este discurso se diuidirà en dos articulos, en el primero se tratarà del derecho cierto, que el dicho don Pedro Romero Barba tiene a este vinculo y mayorazgo, con la verdera inteligẽcia a las clausulas del dicho testamento, y codicillo.

Y en el segundo articulo se tratarà de la exclusion de los demas colitigantes.

Articulus primus.

TODO El hecho deste pleyto depende de las clausulas de el testamento, y codicillo del dicho don Marcos, que como no tuuo Letrado, ni hombre entendido en esta facultad, digo, a su cabecera (porque Frayles, y Clerigos en quanto a este articulo no son a proposito) dispuso con alguna confusion estos llamamientos, y le passo a la letra lo que notò el Consulto Sceuola in l. codicillijs, §. Lutius Titius, ff. de legat. 2. cuyas palabras son marauillosas, y muy dignas de ponderar para este proposito, y la total defensa del dicho don Marcos para las objecciones que se le àn puesto, no solo en esta Ciudad, sino en todo el Reyno dõde ha llegado la noticia del dicho testamẽto. Dize pues el Cõsulto, hæc verba: *Lutius Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo iurisperito, rationẽ animi mei, potius suquutus quam miseram, & nimiam diligentiam, & si minus aliquid legitimè, minus vè perite fecero pro iusto, & legitimo haberi debet hominis sani voluntas, &c.*

Dize pues *que Lucio Ticio otorgò su testamento sin hallarse a su cabecera vn buen letrado, y en el hizo, y ordenò ciertas disposiciones, siguiendo el dictamen de su voluntad, sin atender a la sobrada, y miserable diligencia, que se suele poner con ornato de palabras, y con hablar muy discreto, y muy culto* (*parece que miraua a estos tiempos*) *y assi dize, que si en lo q̃ dixere, y dispusiere huuiere algunas necedades, y alguvos terminos, y palabras, no tan proprios como conuenia a la materia, quando se llegue a ver y juzgar por vn juez de buena intencion, y de muchas letras, no atienda a el orden de las palabras, sino juzgue q̃ no supo mas, y que su desseo fue acertar.*

Este

Este mismo caso parece q̃ passó al dicho D. Marcos de Castroverde; porque en el dicho vinculo, y mayorazgo vsó de las clausulas y disposiciones siguientes.

Clausula del testamento.

ITen digo, que por quanto la patria potestad siempre se inclina a cosas mayores en aquella forma y naturaleza las va mirando por los medios, q̃ aũque no sean fundamentales, a lo menos lo parezcã, q̃ el amor proprio es tan natural de la cosa amada, se va conuirtiẽdo en lo amado, de suerte, que qualquier yerro en este caso tiene a los que bien lo miraren algun descargo: por lo qual digo, q̃ yo tengo vn primo hermano, hijo de vna hermana de mi madre, y de Bartolome Barba su padre de legitimo matrimonio, Christiano viejo, y calificado en possession, y propiedad por los señores Alcaldes de la Real Chancilleria de Granada. Y ansi ni mas ni menos tengo quatro señoras primas hermanas, hijas de hermano de mi padre, y de doña Catalina de Vmañes su madre, ansi mismo cõ las calidades paternales, q̃ para tal casamiento conuiene tener, el qual no se ha hecho hasta agora, porque las cosas aspirauan a otros fines; y agora llegando el tiempo presente, me ha parecido que el susodicho don Pedro Barba mi primo, dandole yo de mi haziendа la parte que conuenga para de presente, y para por venir se aya de casar con vna destas dichas señoras a el modo que se deuiere, el yrle señalando a el susodicho, y a ellas tambien, que es el yr començando por las menores, y acabando por las mayores, porque todo nuestro desseo es en esta celebracion de este casamiento es, que aya procreacion, y descendencia del, y que se logren largos años hasta los choznos, y con algunas condiciones, que aqui yran referidas. Y la primera sea, que luego que de mi acaeciere finamiento, esse proprio dia pueda tomar el dicho don Pedro Barba possession y amparo en el oficio de Regidor desde luego, como yo se lo tengo dado, por quanto yo lo tengo perpetuado con licencia de la Camara de su Magestad; para lo qual es necessario tan solamente vna renunciacion, y gozar del, como dicho tengo, y en cantidad de mil y seyscientos ducados, que es el valor que el dicho oficio me ha tenido de costa hasta el dia de oy.

Iten declaro, que al susodicho se le aya de dar mas al tiempo, y quando que esta particion se hiziere, que ha de ser luego mil ducados en bienes de mi haziẽda, mouientes, y semouientes, porque todo lo demas restante ha de ser vinculado para el susodicho don Pedro, y a sus hijos, y descendiẽtes, porque de todos los demas bienes mios proprios, hago vsufructo, y heredera a doña Iuana Camacho mi muger; y ansi no à de tener fuerça, ni valor este vinculo fasta tanto, q̃ ouiere fallecido la dicha doña Iuana Camacho mi muger. Y quiero, y es mi voluntad; que de los bienes muebles, y menage de casa, q̃ estan de la puerta adẽtro, fuera

fuera de trigo, y ceuada, no se le pida quenta a la dicha doña Iuana mi muger, porq̃ de todo le hago gracia desde luego para siempre, y quiero que sean suyos los dichos bienes.

Iten digo, que si el dicho Don Pedro aceptare juntamente con las demas partes, y tuuieren hijos, tenga obligacion de llamarles por el primer nombre Marcos de Castrouerde, y con toda esta firmeza les hago esta gracia, y donaciõ, porque esta es mi vltima voluntad.

Iten quiero, y es mi voluntad, que despues de los dias de la dicha mi muger, se señale, y nõbre las casas en que de presente viuo, y se agreguen al dicho vinculo, con que a la dicha doña Iuana mi muger se le pague, y satisfaga de mi hazieda la parte que en las dichas casas tiene; y esto se entiẽda despues de sus dias, porque quiero y es mi voluntad que viua en ellas todos los dias de su vida.

Iten es condicion, que si por algunos fines este casamiento no viniere a tener efecto, que son casos que sucedẽ cada dia, toda via estoy en que el susodicho mi primo don Pedro Barba sea dueño de los dichos mil ducados, y el dicho oficio, porq̃ esta es mi volũtad. Y si por no tener hijos, aũque tẽga efeto el casamiento, declaro, que en quanto a los demas bienes agregados a el dicho vinculo despues de los dias de la dicha mi muger, digo que los tales bienes remanientes los aya de auer mi hermano don Pedro, si estuuiere viuo, y de no estarlo, el dicho Don Pedro Barba mi primo, o el deudo mas cercano en aquesta linea de los Castrouerdes, porque esta es mi voluntad, que se vea, y se entienda assi.

Y en la misma clausula llegando a la institucion de heredero dize.

Y nombro por mi vniuersal heredero al dicho vinculo que tengo instituydo de mis bienes, &c.

Despues de lo qual hizo vn codicillo, y enel puso algunas clausulas tocantes, y pertenecientes a este dicho vinculo, cuyo tenor es el siguiente.

Clausulas del codicillo.

ITen digo, que por quanto yo hize vn vinculo de mis bienes, y hazienda, y llamè en el a don Pedro Barba mi primo hermano, vezino desta villa, y a sus hijos, y descendientes, y otras personas de mi linage para en fin de los dias de doña Iuana Camacho mi muger, mando que la clausula, y clausulas, que en razon desto tratan se guarden, y cumplan como en ellas se contiene. Y quiero, y mando, y es mi voluntad, que el oficio de Regidor desta villa, que estâ en mi cabeça, y lo tengo renunciado en el dicho don Pedro Romero mi primo hermano, sean bienes del dicho vinculo, y lo aya, y tenga por de el el posseedor, y posseedores, que en el sucedieren conforme al dicho mi testamento, y q̃ sean bienes inagenables, y propios del dicho vinculo para siempre jamas, con que el dicho don Pedro Barba Romero mi primo, y los demas sucessores en el dicho vinculo, tengan

gan obligacion cada vno en su tiempo a renunciar el dicho oficio en persona legitima, y que no se pierda por su culpa; y si se perdiere por no lo renũciar, o por otra causa, tẽga obligaciõ a dar, y pagar el tal posseedor de sus bienes dos mil ducados, para q̃ con ellos se pueda acudir, y acuda a su Magestad a pedirle buelua a hazer merced del dicho oficio al posseedor de los bienes del dicho vinculo, para q̃ lo q̃de el dicho oficio, como à de quedar como los demas bienes del dicho vinculo, y esto se haga vna, y mas vezes, y todas las q̃ sucediere lo susodicho.

Iten mando, quiero, y es mi voluntad, que en cada vn año perpetuamente para siempre jamas, se digã por mi anima, y por las animas de mis padres, abuelos, y demas difuntos en la Iglesia del señor Santiago desta villa, donde me mãdo enterrar cinquenta Missas rezadas, y vna Missa cantada de la Pura y Limpia Concepcion de nuestra Señora, y esta se diga en su dia, o octaua, con su Sermon, y toda solemnidad, y organo; y la dicha Missa cantada la digan los Curas vicebeneficiados de la dicha Iglesia de Santiago; y se les dè de limosna en cada vn año quinientos marauedis, y al Predicador que predicare el Sermon onze reales, y por la limosna de cada Missa rezada se pague de limosna dos reales: toda la qual dicha limosna à de ser obligado a pagar el posseedor, e posseedores de los bienes del vinculo, que dexo fundado por el dicho mi testamento, porque la dicha limosna la situo, y señalo sobre los bienes, frutos y rentos del dicho patronazgo y vinculo. Y las dichas cinquenta Missas las àn de dezir en cada vn año en la dicha Iglesia de señor Sãtiago el Capellã, o Capellanes, q̃ señalare, e quisiere el dicho posseedor de los bienes del dicho vinculo, o patronazgo, q̃ yo dexo fundado, y no otra persona alguna: y este nombramiẽto lo puedã hazer vna, y muchas vezes el posseedor, o posseedores del dicho vinculo, y los pueda nõbrar, quitar, y poner vna y muchas vezes a los dichos Capellanes cõ causa, o sin ella; y estas Missas no se ân de dezir, ni pagar la limosna dellas, y del dicho Sermõ hasta en fin de los dias de la vida de la dicha doña Iuana mi muger, porque durante los dias de su vida à de gozar de mis bienes libremente, y sin ninguna obligacion destas, con que à de ser obligada a tenerlos enhiestos, labrados, y reparados de las labores, y reparos de que tuuieren necessidad a costa de la dicha doña Iuana Camacho mi muger.

Y en lo que el dicho mi testamento es cõtrario a este codicillo, lo reuoco, y doy por ninguno, q̃dando como â de quedar, y queda en su fuerça, y vigor para en todo lo demas en el cõtenido en testimonio; de lo qual lo otorgo ansi, y porq̃ no lo puedo firmar por la grauedad de mi enfermedad, roguè a el Licẽciado Lucas Martin del Corral presbytero lo firme por mi. El Lic. Lucas Martin del Corral.

Iten digo, que por quanto yo dexo renũciado el dicho mi oficio de Regidor de esta villa en don Pedro Barba mi primo, y por bienes del dicho vinculo, con q̃ se case con vna de mis primas hermanas, hijas de Alonso Perez Castrouerde mi tio, hermano de mi padre; y se à de recebir en virtud de la dicha renuncia-

cion al vso, y exercicio del dicho oficio; Mãdo, que si el dicho Don Pedro Barba mi primo no se quisiere casar con ninguna de las dichas mis primas, hijas de el dicho Alõso Perez Castrouerde mi tio, q̃ el dicho oficio se le quite, y no lo vse durante de los dias de la vida de la dicha doña Iuana Camacho mi muger; a la qual le doy poder, y facultad para que por los dichos dias de su vida pueda nombrar, y nombre persona, e personas que tengan el dicho oficio, y lo vsen, con q̃ despues de los dias de la dicha doña Iuana Camacho lo renuncie la tal persona en el posseedor de los bienes del dicho vinculo: y el mismo poder le doy, para que nombre la dicha persona que vse el dicho mi oficio de Regidor, no teniendo efecto el dicho casamiẽto; a dõ Pedro Romero Tamariz mi hermano; y esto se entienda no teniẽdo efecto el dicho casamiẽto por parte del dicho D. Pedro Barba mi primo. Y porque no puedo firmar por la grauedad de la enfermedad, roguè al Liceciado Lucas Martin del Corral lo firme por mi. El Licẽciado Lucas Martin del Corral.

Fuerça à sido poner a la letra estas clausulas, porque para su verdadera inteligencia es necessario leerlas todas atentamente, vna y dos vezes por la varidad, y equiuocacion, q̃ parece que tienen sin dexar particula, ni letra que ponderar, porq̃ parece que por este testamento, y codicillo se dixo; *Inciuile est nisi tota lege perlecta, vna tantum particula derelicta iudicare, vel respondere, ex tex. in l. inciuile, ff. de legib.* Y assi deuemos cõsiderar no cada particula, ni clausula de porsi, sino todas juntas, de testamẽto y codicillo, y ver que quiso disponer, y que dispuso el dicho don Marcos, iuxta tex. *in l. Meuia, ff de manumissis testamento, tex. in l. fin. ff. de reb. dub. ibi coniuncta scriptura. l. si seruus plurium, §. fin. ff. de leg. 1. ibi coniũctis his quæ præcedunt, vel quæ sequuntur. Mantica de coniectur. lib. 6. tit. 13. n. 1. Caualca. decis. 17. nu. 2. Surd. decis. 43. nu. 14. & decis. 302. num. 16.* Y sin atẽder a si ay clausula anterior, o posterior, siquidem omnes clausulæ in eodem instanti concludunt, vt refert Bart. in l. lecta, num. 9. & 18. ff. si certũ petat. Surd. decis. 157. Gratian. tom. 1. discept. 175. nu. 7. Fontanela tom. 2. clausula 7. glos. 2. part. 2. nu. 47. ibi: *Cum enim in eodem instrumento nõ demus prius, neque posterius, sed omnia simul, & semel in eodem momento vires suscipiant, & omnia simul perficiantur in vltimo verbo partium, &c.*

De testamento y codicillo se infiere lo primero, q̃ el testador hizo vn vinculo y mayorazgo perpetuo, y aũque solo vsó de la palabra, *vinculo,* q̃ esta repitio muchas vezes, es bastante para induzir mayorazgo perpetuo regular, ita Ioan. Gutier. lib. 2. practicar. quæst. 85. nu. 1. in fin. ibi: *Imo attento communi vsu loquendi omnia bona vinculata vocantur ob omnibus bona maioratus, vt docet experientia, &c.*

La misma opinion tiene D. Iuan del Castillo lib. 2. cap. 22. nu. 42. ibi; *Extenditur que casus prædictus, de quo sup. ex num. 39. vt procedat non solum*

si ma-

si maioratus mentio fiat, sed etiam si vinculi mentio facta sit, vt idem ius obseruari debeat quoties vocato aliquo bona vinculantur, aut ea legē in aliquē deferuntur, vt ea obtineat, & habeat vinculata, aut iure, & ratione vinculi possideat illa, cum maioratus, & vinculum de consuetudine, & communi vsu loquendi idem significent, & leges loquentes de maioratu pariter procedāt in vinculo, &c.

Con esta misma opiniō passa Azeuedo lib.5 tit.7.in rubri.n.6.in fine, ibi: *Et ex dictis in contigentia facti consului in quadam donatione per contractum inter viuos facta vni filio per patrem tertij, & quinti bonorum ex causa dotis per viam vinculi, nil amplius adijciendo, quod censebatur perpetuū vinculum illud, vt regulariter tanquam bona maioratus, cum idem de cōsuetudine iudicetur in vinculo quā in maioratu, ita tenent Couar. lib.3. variar. cap.5. num. 6.* Tienen esta misma opinion Orosco super digesto veteri, col. 935. versic.36. defiendela por indubitable Pelaez de Mier.in princ. nu.4. 6. &7. y asi mismo el Doctor Luis de Molina Iesuita, disput.577. nu.8. y finalmente el Doctor D. Diego Luis de Lima en las addiciones. q̄ à sacado este año d̄ treinta y quatro, pag.4.n.25.26.& 27.ibi; *Secūdo infertur, quod leges omnes, quæ de maioratibus loquūtur procedunt in meliorationibus tertij & quinti in vinculis particularibus, quod praxi receptū est, &c.*

Y aunque esto bastaua para la verdadera inteligēcia de la naturaleza deste mayorazgo, y para la total exclusion de D. Maria Marmolejo, Doña Ysabel Tamariz, y don Alonso Tamariz, q̄ piden estos bienes por libres, como herederos que dizē ser de don Pedro Romero Tamariz, hermano del dicho don Marcos, con todo se convence mas su pretensiō cō que el susodicho los dexó grauados con vn aniuersario perpetuo, ibi; *Itē mando, quiero, y es mi voluntad, q̄ en cada vn año perpetuamente para siēpre jamas se digan por mi anima cinquenta Missas rezadas por mi anima, y de mis padres.* Et ibi: *Las quales tenga obligacion a dezir el posseedor del vinculo que dexo fundado, &c.* Y solo por este grauamen quando faltaran otras presumpciones y conjecturas, se deuia juzgar por mayorazgo perpetuo, regular, y ordinario; porque es resolucion llana, que quando vn testador por palabras claras, y sin dificultad no funda mayorazgo, lo puede fundar, y se presume que lo funda quando vsa de palabras, y conjecturas deduzidas de la misma disposicion; y dellas se puede probar con euidencia auer fundado, y querido fundar vinculo y mayorazgo; ita Molin. de primogen, lib.1.cap.4.nu.19.& cap.5.num.1. Auend. in l. 41. glos.3.nu.7. Mier.2.part.quæst.5.num.20. D.Ioan.del Castillo lib.4.cap.8.num. 7.& cap.9.num.21.

Y en el caso de nuestro pleyto, demas de auer vsado tantas vezes de la palabra, *vinculo*, se halla tābien la del aniuersario perpetuo de Missas, que

que por solo el tienen muchos Doctores, que se induze mayorazgo per petuo,ita Feliciano tom.2.lib.2.c.3.versi.vidi tamẽ,& alij quos niuissimè congerit Robles de Salzedo de represent.lib.3.cap.3.nu.2.&c.

Y aunq̃ Perez de Lara lib.1.de aniuersarijs,Gama, y otros muchos àn controuertido esta questiõ,y articulo,valiẽdose de varias conjecturas,y consideraciones;la resoluciõ del es,que si demas de la imposicion,y obligacion del aniuersario, se hallan otras cõjecturas;como apellidò armas, perpetuidad,y otras deste genero,es mayorazgo perpetuo todo aniuersario,ita D.Ioan.del Castillo lib.5.c.93.§.11.nu.16.ibi: *Si tamẽ præter onus Anniuersarij adsint aliæ coniecturæ maioratus,tunc ex dicto onere, & ex illis coniecturis, & præsumptionibus maioratus perpetuus iudicandus est, & in illo intelligitur prohibitio alienationis, & omnes de familia testãtis censentur vocati suo ordine, & gradu seruatis que regulis ordinarijs primogeniorum lineæ, sexus,gradus,ætatis,&c.* Todo lo qual concurre en este caso,con que està fuera de toda duda,y excluydas totalmente las dichas doña Maria Marmolejo,doña Ysabel Tamariz,y doña Ana de Castrouerde.

Con que en quanto a este articulo es cierta la justicia del dicho Don Pedro Romero Barba.

Y llegando mas en particular a declarar, q̃ mandó,que dispuso,y que quiso el dicho don Marcos de Castroverde que se guardara por su vltima voluntad en los dichos testamento , y codicillo se viene a sacar de todo el contexto de las dichas clausulas las conclusiones siguientes.

PRIMA CONCLVSIO.

QVe el oficio de Regidor sea vinculado , y se agregue a el vinculo que manda fundar en su testamento del remaniente de sus bienes,como lo fundó.

2 Que deste vinculo sea vsufructuaria Doña Iuana Camacho su muger,y despues della su hermano,y despues de ambos llama a el dicho dõ Pedro Romero,y a sus descendientes,sin ponerle condicion de casamiẽto en quanto a la sucession del vinculo.

3 A don Pedro le dexa mil ducados sin obligacion de casarse.

4 En quanto a el oficio de Regidor manda, que en caso que se case cõ vna de sus primas lo goze desde luego,y no vaya cõ el vsufructo a su muger,y hermano.

5 En caso que no quiera casarse, q̃ es el deste pleyto, y en el q̃ estamos oy,solo le quita el oficio,y manda que se agregue con el vsufructo remaniente,y vinculo, y en el haze los llamamientos siguientes, y sea la sexta conclusion.

6 Primer llamado doña Iuana Camacho.

Segun-

Segundo llamamiento en Don Pedro ſu hermano.
Tercero llamamiento en don Pedro Romero Barba.
Quarto llamamiento en los parientes del apellido Caſtrouerde.

Y que eſte ſea el verdadero entendimiento de las dichas clauſulas patet ad ſenſum, y lo àn entendido, y entiéden aſsi los hõbres mas doctos q̃ ay en eſta Prouincia del Andaluzia, como conſta de los pareceres firmados que é viſto, y no decaen de ſu autoridad y credito, porq̃ oy viuan, y no ayan dado ſus obras a la eſtampa; porq̃ en quanto a eſte pũto les paſſa lo que dixo S. Geronimo, tratando de los eſcriptores Ecleſiaſticos, y llegando a Ambroſio, q̃ a la dicha ſazon era Obiſpo de Milan, y eſtaua eſcriuiendo, dixo eſtas palabras: *Ambroſius Mediolanenſis Epiſcopus, de quo quia ſupereſt meum iuditium ſubtraham ne in alterutram partem, aut adulatio in me reprehendatur, aut veritas.*

Pero ceſſando todo el credito, y autoridad de tan graues conſulentes, llegando a las razones con que ſe haze llana la juſticia del dicho dõ Pedro, ſe hallaran las ſiguientes.

Lo primero tiene llamamiẽto expecifico, e indiuidual, no ſolo en vna parte del dicho teſtamento, ſino en muchas, repitiendo lo ſuſodicho, como ſon ibi: *Digo que yo tengo vn primo hermano, hijo de vna hermana de mi madre, y de Bartolome Barba ſu padre de ligitimo matrimonio, Chriſtiano viejo, y calificado en poſſeſsion, y propriedad por los Señores Alcaldes de la Real Chãcilleria de Granada, &c.* Et ibi: *Y aora llegãdo el tiẽpo preſente mé à parecido q̃ el ſuſodicho Don Pedro Barba mi primo, dandole yo de mi haziẽda la parte q̃ conuenga para de preſente, y para por venir, &c.* Et ibi: *Luego que de mi acaeciere finamiento, eſſe propio dia pueda tomar el dicho Don Pedro Barba poſſeſsion, y amparo en el oficio de Regidor deſde luego, como yo ſe lo tengo dado, &c.* Et ibi: *Iten declaro, q̃ a el ſuſodicho ſe le aya de dar luego mil ducados de mi hazienda, porq̃ todo lo demas à de ſer vinculado para el ſuſodicho Don Pedro, y para ſus hijos, y deſcendientes, &c.* Et ibi, *Y ſi el dicho dõ Pedro tuuiere hijos, tenga obligacion de llamarles por el primero nombre Marcos de Caſtrouerde, &c.* Et ibi: *Iten es condicion, que ſi por algunos fines eſte caſamiento no viniere a tener efecto, que ſon caſos que ſuceden cada dia, toda via eſtoy en que el ſuſodicho mi primo Don Pedro Barba ſea dueño de los dichos mil ducados.* Et ibi: *En quãto a los demas bienes agregados a el dicho vinculo deſpues de los dias de la dicha mi muger, digo, que los tales bienes remaniẽtes lo aya de auer mi hermano don Pedro, ſi eſtuuiere viuo, y de no eſtarlo, el dicho don Pedo Barba mi primo, o el deudo mas cercano en aqueſta linea de los Caſtrouerdes, &c. porque eſta es mi voluntad, q̃ ſe vea, y ſe entienda aſsi.* Y en el codicillo dize eſtas palabras; *Iten digo, que por quanto yo hize vn vinculo de mis bienes, y hazienda, y llamè en el a Don Pedro Barba mi primo*

mo

mo hermano,y a sus hijos, y descendientes para en fin de los dias de doña Iuana Camacho, mando que la clausula que en razon desto habla se guarde a la letra,y cumpla como en ella se contiene.

De manera q̃ en seis partes hizo llamamiẽto expecifico,e indiuidual del dicho D.Pedro Barba,y siendo los llamamiẽtos claros, y sin genero de tergiuersacion,y duda,no ay q̃ recurrir a cõjecturas,ex tex.in l.ille,aut ille.§.cum in verbis,ff.de legat.3. y quando en el primero, o segundo llamamiento huuiera alguna dificultad,tanta repeticion de llamamientos la quitan totalmente,ex tex.in l.Balista,ff.ad Senat.Consul.Trebel. & ex tex.in l.cum pater,§.filius matrem, ff.de leg.2. ibi; *Cum enixe voluntatis preces in omnem successionis euentum prolatæ videâtur*.tex.in l.1.C.de emẽda,C.iusti,ibi; *Nam quod repetita prælectio comprobauit hoc satis esse firmũ, satisque esse formosum.* Thusco tom.8.conclus.158.nu.2. ad iunges, *Quod verba geminata habent virtutem clausulæ omni meliori modo.* Y por esta duplicacion,y repeticion de palabras, aunque fueran de ygual fuerça,y sentido,las haze salir de su ygualdad,y propria,y comun interpretacion, estendiendolas a los casos que no pudieran comprehender,sino estuuieran duplicadas,y repetidas,para que la geminaciõ dellas no parezca inutil,y llena de superfluydad.l.si stipulatus,ff.de vsur.Bald.consl.174. nu.1. volum.3.Ias.in l.cum filio familias,num.65. ff.de legat.1. Tiber. Deciano consil.3.num.18.&19.volum.2. Menochio præsumpt.81.nu.24. y q̃ aqui la repitiesse es llano, diziendo en tantas partes, *que llama a su primo don Pedro. Que esta es su determinada voluntad,que sea el,y sus descendiẽtes el posseedor deste vinculo. Que le llame a sus hijos Marcos de Castrouerde. Que sino se quisiere casar, dexe el oficio de Regidor.* Y en otras mil partes,y llamamientos tan multiplicados en la persona del dicho Don Pedro no se les puede oponer excepcion que sea cõsiderable,; *Nam qui bis vel sæpius aliquid facit videtur velle,quod cõtra illud nil possit opponi,quia vbi interuenit secunda consideratio,ibi adesse præsumitur plena deliberatio, authenti. vt nulli iudicum, §. & hoc vero iubemus, collatio.3.non enim retractandum est,sed commendandum, quod sæpè factum nititur æquitate.* Bald. in quæstione schismatis,versic.sed in contrarium,n.15.Petrus Surd.consl. 179.nu.18.vol.2.fol.85.donde prueua,que la repeticion de palabras, ora sea en vna clausula,ora sea en distintas,o en capitulos diferẽtes,siẽpre induze voluntad precissa, de que lo dicho comprehẽda qualesquier casos, y no se limite,ni pueda interpretarse contra lo que suena,ni se haga oposicion desigual a la grandeza,y fauor que presupone, *quia enixæ voluntatis preces in omnẽ successionis speciem porrectæ iudicantur,ex dict. §. filius matrem.* Tiraquel.in l.si vnquam,verbo reuertatur,nu.50. donde resuelve, q̃ los actos positiuos para tener nombre de geminados,y obrar mas plena

mente,

mente,por este camino àn de ser con interualo de tiempo; pero las palabras,aunque se multipliquen in continenti,hazen mayor operaciō a declarar el animo,voluntad,y sentido de quien las pronuncia,Parisio cons. 58.nu.10.volum.3.Simon de Pretis lib.2.interpret.4.dub.2.solut.4.nu. 21.cum sequentibus,fol.mihi 158.Marçario cons.28.nu.8.vbi ex eo deduxit, *Quod testator loquendo geminate de filio in singulari numero,videtur tantum de filio primogenito sentire,& non de pluribus filijs,ne continuata eiusdem singularitatis repetitio inutiliter, atque ociose videatur adiecta*, quam doctrinam extollit Surd.cons.369.num.19.vbi num.16.latissimè confirmauit eandem regulam,*quod geminatio verborum arguit præcissam,atque enixam voluntatem,etiam si facta fuerit simul,& vno instanti,quia nō debet esse absque effectu plenius operandi, neque intra terminos aliarum actionū circunscribitur,Anton.Petra de fideicom.quæst.15.num.200.Beccio cons.24. & 25.volum.1.*

Esto supuesto,y que despues de los primeros llamados, que fuerō su muger a el vsufructo,y su hermano primer llamado a el vinculo, en tercero llamamiento entrò el dicho don Pedro Barba, con que parece que està la decision deste punto expressamente decidida en el §. in fideicōmisso de la ley cum ita,ff.de legat.2.ibi;*In fideicommisso, quod familiæ relinquitur,ij demum ad petitionem eius admitti debent, qui nominati sunt, & post eos omnes extinctos,qui ex nomine deffuncti fuerunt eo tempore quo testator moreretur,& qui ex his primo gradu procreati sunt,nisi specialiter deffunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.* De manera,que expressamente dize el Consulto Modestino, que el mayorazgo, o fideicommisso perpetuo, que se dexa a la familia los primeros nombrados, àn de ser admitidos conforme a el orden de su nombramiento,y despues de estar extintas, y acabadas todas estas personas nōbradas, y sus lineas, y descendencias, tienen lugar los parientes mas propinquos del testador, y entre ellos el que tuuiere primero lugar,&c.

Con este texto claramente se decide este caso, primer llamado doña Iuana Camacho,segundo don Pedro Romero su hermano, tercero don Pedro Barba,y sus hijos,y descendiētes, y despues destos tres llamamiētos entran la familia de los Castrouerdes,y entonces era el pleyto entre doña Catalina de Castroverde, que litiga, prima hermana del testador, y entre doña Ysabel Castrouerde,Abadessa del Conuento de Santa Clara,hermana del dicho don Marcos; pero estando viuo el dicho don Pedro,y con hijos,y sucessiō legitima,no tienen derecho alguno las dichas doña Catalina de Castrouerde,ni la dicha doña Ysabel Tamariz:y en caso de duda mejor derecho tiene la dicha doña Ysabel, que es hermana, q̄ no la dicha doña Catalina,q̄ es prima hermana; y assi lo dize el texto:

Et post eos omnes extinctos, qui ex nomine deffuncti fuerunt eo tempore quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt.

La interpretacion deste texto siguen la glosa Bart. Bald. Paul. de Castro, Iass. Alberico, y todos los modernos que lo han llegado a interpretar, sin que el sentido comun, y ordinario tenga duda, solo resta ajustar si estamos en los terminos del dicho texto, y que estemos es cosa llana, conforme a el verdadero sentido de las dichas clausulas, que està referido.

Dos objecciones se le han opuesto a el dicho don Pedro, la vna es dezir, que aunque tuuo todos los dichos llamamientos, fueron con grauamen, y condició, de que se casasse con la dicha doña Catalina, o cō qualquiera de las otras sus hermanas, y que la condicion de casarse con cierto genero de personas, y concierta, y determinada persona es valida, ex tex. in l. Titio centum, §. 1. & ex l. cum ita legatum 63. ff. de condit. & demonstr. por cuyos textos comunmente resuelven los Doctores conditionem contrahendi cum certo genere personarum, vel cū certa, & determinata persona valere de iure, quia ex hoc non censetur adempta facultas contrahendi, licet pro parte restringatur: esta opinion es comun principalmēte, quando dignè potest nubere, como lo dizē infinitos Doctores, a quien cita, y sigue don Iuā del Castillo lib. 4. cap. 25. per totum. La segunda objeccion es, auer querido probar la dicha doña Catalina la voluntad, que dize tuuo el testador de conseruar el apellido, y linage de los Castrouerdes, y que con esta condicion llamó a el dicho don Pedro, de que se auia de casar con la dicha doña Catalina, o con otra de sus hermanas, y que fue su voluntad esta, y que si hiziera lo contrario totalmente lo excluia.

En estas dos objecciones fundā las partes contrarias su justicia, a que se responderà con euidencia, y claridad, y las respuestas seruiran de segūdo articulo.

Articulus secundus.

PARA La facil responsion que tiene la primera objeccion de la parte contraria, es fuerça bolver a repetir algunas de las conclusiones, que se sacan de todo el testamēto, y codicillo, q̄ son tener el dicho D. Pedro dos suertes de diferētes llamamiētos, vna es si se casara, y otra es de no querer casarse, que es el caso que sucedio; y ambas a dos estan preuenidas por el testador en dos partes, la vna en el testamento, y la otra en el codicillo. Dize pues la del testamento: *Item es condicion, que si por algunos fines este casamiento no viniere a tener efecto, que son casos q̄ suceden cada dia; toda via estoy en que el dicho mi primo Don Pedro Barba sea dueño*

de los

de los dichos mil ducados, y de el dicho oficio, porque esta es mi voluntad, &c.

De manera que en esta primera parte desta clausula, no solo no le excluyó en la contrauencion, y caso de no quererse casar, sino que expressamente mandò, que toda via tuuiesse los mil ducados, y el dicho oficio de Regidor, ibi; *Toda via estoy en que el susodicho mi primo Don Pedro Barba sea dueño de los dichos mil ducados, y de el dicho oficio de Regidor.* Y añidiò mas en fauor del dicho don Pedro; *porq̃ esta es mi determinada voluntad:* y como dixo esto, pudiera dezir, y no suceda enel dicho vinculo: y es cierto, que si el testador voluisset expressisset; y assi es maxima comun inter Scribentes, testator hoc non dixit, hoc non expressit, hoc non dispossuit, ergo nec nos dicere debemus. l. vnica, §. sin autem ad eficientis, C. de cadu. tollend. exornat latè Don Iuan del Castillo tom. 4. cap. 14. à num. 2. cum sequentibus, antes seria absurdo muy grande querer inferir de estas palabras reuocacion de todo lo que auia dispuesto, y seria dar entendimiento a ellas contra las leyes siguientes. Lo primero contra la ley legata inutiliter, ff. de adimen. legat. dõde dize, que *ea quæ important diminutionem non inducunt augmentum, & è contra*: luego si le manda, y buelue a reualidar el legado de los mil ducados, y el oficio de Regidor, no es visto excluyrlo de la sucession del remaniente, seria contra la ley Sancimus, C. de testam. donde se dize, que *reuocatio non præsumitur nisi probetur, neque mutatio voluntatis in dubio est præsumenda*, ex tex. in l. eum qui, ff. de probationibus, l. Lutius Titius. l. Paulus, l. Meuia, l. rem legatam, l. sancimus, C. de testament. exornat Franciscus Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 12. tit. 1. per totum Iacob. Menoch. lib. 4. præsumpt. 165. & lib. 6. præsumpt. 36. & in consil. 203. num. 20. lib. 3. Hipoli. Rimi. & alij quam plures quos refert, & sequitur D. Ioan. del Castillo lib. 4. cap. 22. num. 163.

Seria corregirse in continenti contra la ley non ad ea de condit. & demonstrat. Alexand. consil. 59. lib. 3. num. 13. l. si servus plurium, §. fin. ff. de legat. 1. Decius in l. singularia, ff. si cert. petat. Alciatus præsumpt. 28. regul. 2. num. 1. vsque ad decimum. Stephan. Gratian. discept. 648. tom. 4. num. 8.

Y es en tanto grado lo que se tiene de procurar euitar esta correccion incontinenti, que licet aliàs verba impropriarentur, ita Roman. consil. 104. & alij quos citat idem Gratian. dict. discept. 648. &c.

En lo restante de la dicha condicion prosigue in hæc verba; *Y si por no tener hijos, aunque tenga efecto el casamiento, &c.* Esta parte es oracion imperfecta, y no declaró q̃ se auia de hazer, y assi ni nos daña, ni nos aprouecha.

Luego dize, *Declaro, que en quãto a los demas bienes agregados a el dicho vin-*

vinculo despues de los dias de la dicha mi muger, digo, que los tales bienes rema nientes los aya de auer mi hermano don Pedro, si estuuiere viuo, y de no estar lo, el dicho don Pedro Barba mi primo, o el deudo mas cercano en aquesta linea de los Castrouerdes, porq̃ esta es mi volũtad, que se vea, y se entienda assi. De manera que esta vltima parte desta clausula es la que quita toda la duda, porque expressamente dize el testador, que en quanto a el remaniente sea vsufructuaria su muger primera llamada, segundo su hermano, tercero don Pedro Barba, quarto los Castrouerdes, en que fundan su derecho las partes contrarias, porque no tienen otro llamamiento general, ni especifico; y assi si se fundan en esta clausula, como se deuen fundar, el llamamiento de Don Pedro es antepuesto, y primero; y assi si las suso dichas quieren tener algun derecho, saltim in spe, ha de ser confessando llanamente la precedencia de los tres llamamientos antecedentes de doña Iuana, de Don Pedro Romero, y Don Pedro Barba, y el orden de suceder destas lineas, y llamados, fue en caso que el dicho casamiento no tuuiera efecto, que son casos que suceden cada dia, y estos son dos, vno noluntatis, ỹ otro impotentiæ ex l. 3. & ex l. Gallus, §. & quid si tantum, & §. nunc de lege Belleia. Y assi sin atender a las oraciones imperfectas, el sentido es si el casamiento no tuuiera efecto, por qualquier caso, Don Pedro lleue el oficio de Regidor, y los mil ducados, y en quanto a el vinculo suceda Doña Iuana Camacho, y como luego auia de entrar Don Pedro Barba, entre Don Pedro Romero, que en este caso los antepuso, y despues del los Castrouerdes, y esta es su determinada voluntad, y que se entienda assi, con que las clausulas antecedentes tienen trabaçon con las finales, y las finales con las antecedentes, y se euitan los absurdos cõtrarietatis, impossibilitatis, ineptitudinis, superfluitatis, destructionis, recti sermonis, diuersitatis, separationis, repugnantiæ, & inconuenientis, y otras muchas que consideran, Mantic. Menoch y otros muchos a quien sigue Casti. lib. 4. cap. 50. nu 48. & 50. cum seqq.

Y no es nueuo en el derecho, sino muy conforme a el, sacar el sentido literal de vna clausula, o ley, juntar el fin con el principio, porque de otra manera no se puede sacar verdadero entendimiento, salua ratione recti sermonis; esto se prueua ex tex. expresso in l. filius non impeditur, ff. de inofficio. testam. para cuyo entendimiento, y darle el verdadero sentido a aquella clausula, quoniam alij commodum victoriæ parat, andan tan varios los Doctores, que Decio le dio vna interpretacion, Iasson la cõtraria, Paulo de Castro siguio el medio camino, la glossa, y Aretino, diziendo, que el padre era el que litigaua, y adquiria el commodo para el hijo, Bartolo, Iacobo de Nigris, y Curcio tienen, que el que litigaua era el hijo, y para quien se adquiria el commodo, y la vtilidad era para el padre,

todos

todos entendimientos diuinatorios, y asſi han conuenido los mas modernos, como ſon Arias Pine. in l. 1. C. de bon. mater. 1. part. num. 21. y Pichar. in §. igitur liberi, inſtit. per quas perſo. nob. acquiritur, dizen, que para la interpretacion deſte texto es neceſſario iungere principium cum fine, y que finis referatur ad principiũ, ſin atender a las clauſulas medias, con lo qual verbum illud commodum refertur ad honorem, qui filio ex victoria reſultat quoniam rupto teſtamento res deducitur ad cauſam in teſtati, y aſsi ſe le da verdadera inteligencia a el texto in dict. l. filius non impeditur, y de otra manera no la pudiera tener, ita Iaſſon in l. 1. num. 5. C. qui admitti, & ibi Curcius Iuni. num. 55. Hipol. Rimi. num. 25. Bart. in l. is qui hæres, ff. de acquir. hæred. num. 7. con que queda reſpondido a eſta primera condicion, donde el teſtador hablò en caſo que no tuuiera efecto el caſamiento.

Tambien en el codicillo diſpuſo el teſtador mas expreſſamente lo q̃ ſe deuia hazer en caſo que el dicho Don Pedro no ſe quiſiera caſar con ninguna de las partes contrarias, que fue dezir eſtas palabras; *Digo que por quanto yo dexo renunciado el dicho mi oficio de Regidor de eſta villa en Don Pedro Barba mi primo, y por bienes del dicho vinculo, con q̃ ſe caſe con vna de mis primas hermanas, hijas de Alonſo Perez de Caſtrouerde mi tio, hermano de mi padre; y ſe ha de recibir a el vſo, y exercicio de el dicho oficio. Mando, que ſi el dicho Don Pedro Barba mi primo no ſe quiſiere caſar con ninguna de las dichas mis primas, hijas del dicho Alonſo Perez de Caſtrouerde mi tio, que el dicho oficio ſe le quite, y no lo vſe durante los dias de la vida de la dicha Doña Iuana Camacho mi muger, a la qual le doy poder, y facultad, para que por los dias de ſu vida pueda nombrar, y nombre perſona, o perſonas que tengan el dicho oficio, y lo vſen, con que deſpues de los dias de la dicha Doña Iuana lo renuncie en el poſſeedor de los bienes del dicho vinculo; y el miſmo poder le doy para que nombre la perſona que vſe el dicho mi oficio de Regidor, no teniendo efecto el dicho caſamiento a D. Pedro Romero Tamariz mi hermano; y eſto ſe entienda no teniendo efecto el dicho caſamiento por parte del dicho Don Pedro Barba mi primo.*

Cierto, ſeñor, que no ſé con que juſticia, y razon ſe le ha mouido eſte pleyto a Don Pedro Barba, porq̃ teniendo eſta clauſula en ſu fauor tã clara, tan expreſſa, y tan indiuidual, y tan deciſsiua deſte pleyto, como ſe le puede reſponder a ella, porque expreſſamente dize el teſtador, que ſolo el oficio de Regidor le mandò a el dicho Don Pedro, con condicion que ſe caſaſſe con alguna de las dichas ſus primas; y en caſo que no ſe quiſieſſe caſar, ſe le quitaſſe el dicho oficio, y lo ſiruieſſe la perſona que nombraſſe doña Iuana Camacho, y deſpues della Don Pedro Romero Tamariz ſu hermano, porq̃ ſe lo agregaua a el vinculo, q̃ era el remaniente

 Solo

Solo se me ofrece dezir, q̃ a los que quieren impugnar esta clausula, y esta vltima voluntad tan expressa, y poner a la margen della dos vezes en fauor de la señora doña Ysabel Abadessa, siendo totalmente lo cõtrario, porque no es sino en fauor del dicho don Pedro, y la decissiua deste pleyto, sin que tenga necessidad de conjecturas, e interpretaciones, y le passa a los que defienden lo contrario, lo q̃ dixo Aymon Craueta in tractat. de antiquit. 4. part. §. materia ista, num. 8. vbi *Dicit se mirari, quod hodie sic leuiter sequantur opiniones consulentium, plerique enim æris cupiditate adducti sequuti sunt opiniones, quas aut malas notas habent, & impugnassent cessante pecuniæ libidine, aut qui animi torpore, aut segnitie capti nõ aliter eas degustare curæ fuit.*

Con todo aunque in claris non datur locus coniecturis, digo que don Pedro Barba tiene en este testamento, y codicillo legado de mil ducados, llano, y sin condicion. Legado del oficio de Regidor, con condiciõ que se case, llamamiento a el remaniente, y vinculo despues de la vida de Doña Iuana Camacho, casandose, de no casarse antepuesto Don Pedro Romero, y luego Don Pedro Barba, y luego los Castrouerdes: y es tan claro el corriente de este sentido, que llegando el testador en esta clausula antecedente a dezir, que el dicho Don Pedro Barba en caso que no quisiesse casarse, no vsasse del dicho oficio de Regidor, porque esto pudiera tener alguna duda para lo de adelante, quando el dicho oficio estuuiesse agregado con el vinculo, y remaniente, y que saliesse de los dos primeros llamados, que vno por muger, y otro por Clerigo no lo podian vsar; por quitar esta duda el dicho Don Marcos coartó, y declarò el tiẽpo en q̃ no lo auia de gozar: y assi dixo, q̃ si el dicho D. Pedro Barba mi primo no se quisiere casar cõ ninguna de las dichas mis primas, el dicho oficio se le quite, y no lo vse durante los dias de la vida de la dicha Doña Iuana Camacho mi muger; y assi le da poder, para que por los dias de su vida nombre, y el mismo poder le da por los dias de la suya a el dicho Don Pedro Romero. De manera que siendo limitada esta prohibicion por las dichas dos vidas en la perpetuidad, y permanencia de la sucessiõ del dicho vinculo, quedan llanos, corrientes, y sin ninguna duda los demas llamamientos generales, y particulares, que tiene el dicho Don Pedro, ex tex. in l. cum Prætor, ff. de iudit. tex. in cap. nõ ne. de præsumption. tex. in l. age cum geminiano. C. de transactionib. notant Bart. Bald. Salicet. & communiter Scribentes, & ex tex. in l. nam quod liquidæ, §. 2. ff. de pen. legat. tenent Stephan. Gratian. disceptat. 742. nu. 11. & 627. num. 19. y 737. num. 1. y 637. num. 34. y 635. num. 34. y 648. num. 5. y es comun sin genero de duda.

A el segundo argumento con que las partes contrarias se quierẽ valer

ser para su pretension, es dezir, y probar, que el testador pretendio, y fue su voluntad, que el dicho don Pedro se casasse con la dicha doña Catalina, y que en caso que no quisiesse casarse, q̃ no sucediesse en el dicho vinculo; para probar este intento presentan a fray Bernardo de Figueroa, Prior del Cõuẽto de Sãto Domingo de Luzena, y a el Liceciado Lucas Martin del Corral Cura, y a Dõ Geronimo Barba de Mendoça, don Iuã de Cabrera, don Iuan Paez Cansino, Maria del Espiritu Santo, Maria de San Ignacio, Iuana Caro Galindo, estos son los testigos de que se vale.

Las quatro mugeres no hazen fee, ni prueua; porque de la misma manera que no pueden ser testigos en testamento, no lo pueden ser para declarar la disposicion testamentaria.

Y antes de passar adelante en este discurso, presupongo que la parte de la dicha Doña Catalina y consortes quierẽ probar vn nueuo aditamẽto, q̃ no està comprehẽdido en el testamẽto, ni en el codicillo, q̃ es dezir, q̃ la volũtad del dicho D. Marcos de Castrouerde fue, q̃ el dicho don Pedro Barba se casasse con la dicha Doña Catalina, y de no quererse casar, passasse el dicho mayorazgo a sus hermanas, y a la dicha doña Catalina.

No ay duda sino que este es vn nueuo aditamento, que se quiere hazer a el dicho testamento, y codicillo, y ampliar las clausulas que en el estan puestas.

En este caso Simon de Prætis lib. 1. interpretatione 1. dubitatio. 3. solution. 5. num. 28. siguiendo a Bartol. Bald. Alberico, y a otros muchos, cũ Decio, Castrensi, Socin. Guido, & Anton. Gomez resolui communem opinionem esse, quod quinque testes, qui requiruntur in testamento nũcupatiuo, & septem in testamento in scriptis ad probandam dispositionẽ principalem testatoris, ijdemum requirũtur ad probanda dicta per testatorem ampliantia dispositionem non scriptam in testamento, vel errore, vel oblibione omissam. Y aunque otros Doctores han querido defender, que bastan dos testigos, absolutè tenendum est, vt si id quod venit probandum concernit dispositionem, & voluntatem testatoris debeat probari per numerum testium ad probationem vltimæ volũtatis requisitam, habentium easdem qualitates, ac si adhiberentur in testamento. Si vero id quod probatur est declaratio eorum quæ disposita fuerũt duo testes sufficiunt, ita lato calamo resolvit Casti. 4. p. cap. 19. num. 25, & 26. que es lugar muy copioso para este proposito.

Con estos dos presupuestos, vno en el hecho, y otro enel derecho, corruit toda la probança contraria.

Las quatro mugeres por serlo, y no pueden ser testigos en testamento, ex tex. in l. qui testamento, §. eum qui, versic. mulier, ff. de testament. l. 1. l. 9. titul. 1. part. 6. l. 16. tit. 16. part. 3. §. testes autem, versic.

ſic. ſed neque mulier inſtit. de teſtamentis, en que no ay duda.

Don Geronimo Barba, Don Iuan Paez Canſino, y Don Iuan de Cabrera, dizen de oydas, y de caſo antecedente a el hecho; el Licenciado Lucas del Corral, y Fray Bernardo de Figueroa vienen a ſer dos teſtigos, que en eſte caſo no hazen probança, porque ſiendo teſtamento cerrado ſe deuio probar con ſiete teſtigos eſte nueuo aditamento, y calidad, por requerirſe el miſmo numero, y con las miſmas calidades, que ſi nuevamente ſe otorgaſſe, ex ſup. traditis, con que queda baſtantemente reſpondido a la dicha ſegunda objeccion, y argumento.

Demas que ſe confirma la juſticia del dicho Don Pedro Barba cõ lo que dizen en ſu fauor don Iuan Soriano, don Alonſo de Quintanilla, dõ Bartolome Brauo de Laguna, Ioſephe de la Cruz, y D. Fernãdo de Quintanilla, y otros, q̃ el dicho don Pedro, el dicho don Marcos eran tan amigos, q̃ es cierto le dexaria, como le dexó ſu hazienda, y eſto lo entendierõ aſsi de ſu voluntad por la mucha comunicacion y trato, q̃ con el tuuierõ, y q̃ ſi le preguntaran oy quien queria que ſucedieſſe en ſus bienes, es cierto q̃ reſpondiera, que el dicho D. Pedro; eſte argumento es fortiſsimo en el derecho, y ſe prueua in l. Lutius Titius, §. Lutius Titius, ff. de liber. & poſthum. l. cũ res, ff. de legat. 1. l. cũ avus de condit. & demõſtr. l. generaliter, §. cũ autem de inſtitut. & ſubſtitu. l. cum acutiſsimi, C. de fideicom. Bart. Bald. Paul. de Caſtr. Simon de Prætis, y Mantica lib. 3. c. 19. à n. 1. cũ ſeqq. Y quando eſta probança por ſi ſola no fuera tan baſtante adminiculada cõ el teſtamento, y clauſulas, q̃ tan en ſu fauor tiene el dicho Dõ Pedro, baſta a vencer la probança de la parte cõtraria, porq̃ es reſolucion llana en derecho, que concurriendo en fauor de vna parte inſtrumentos, y teſtigos, es neceſſario inſtrumentos, y teſtigos para vencella, y q̃ no baſtan teſtigos ſolamente, porq̃ el teſtamento es probatio probata, & inducit notorium, como lo dize Oſaſco en la deciſsion pedemontanea 72. n. 4. Rolan. à Valle, vol. 2. conſ. 4. nu. 8. Por lo qual ſino es cõprobança ſuperior no ſe puede vencer; argument. tex. in l. ille à quo, §. tempeſtivum, ff. ad Senatuſconſult. Trebel. l. nam & magiſtratus, ff. de arbitrijs, y en proprios terminos Felin. in cap. cum Ioannes, de fide inſtrument. nu. 35. Hipol. de Marſilis in rubric. de probationib. num. 42. & ſeqq. Maſcard. concluſ. 913. num. 1.

Y en caſo, ſeñor, que ſe llegara a conjecturas, quien auia de fundar mayorazgo en mugeres, que ſon el fin de la familia? y aſsi ſe dize dellas los verſos que refiere el Doctor Luis de Molina; *Mulier egreſſa ædibus parentũ non fit amplius parentum, ſed coniugis maſculinum vero genus perpetuo manẽt in edibus.*

Y aunque es verdad, que quando es la intencion de fundar vn mayorazgo,

razgo, siempre se ha vsado no excluyr hembras, ex l. maximum vitium, C. de liber. præter. con todo esto se entiende en los descendientes de el fundador, pero en transversales raros son los q̃ fundaron mayorazgo en mugeres; porque luego se casan, y passan a estrañas familias; y asi lo resuelven todos los q̃ tratan estas materias: y por esto en diziendo vno, q̃ haze vn mayorazgo, aũq̃ no diga otra palabra, se prefiere el varon a la hẽbra, aunque la hembra sea mayor. Por esto, señor, se àn introduzido los mayorazgos de masculinidad, y de agnaciõ, y por esto se entiẽde el texto in l. fin ff. de fide instrum. ibi; *Semper seniorem iuniori præferemus, & marẽ fœminæ.* l. 1. ff. de Senatorib. l. & qui origine, §. Præsens de munerib. & honorib. Ribera de succesio. Regni Lusitani num. 7.

De manera que por todas consideraciones estan excluydas las partes contrarias, o señalen, porque clausula del testamento, o codicillo tienen llamamiento, pues por aquella misma que señalaren tiene prelacion el dicho Don Pedro, principalmente la dicha doña Ysabel por ser Monja expresa, porque aunque este mayorazgo no tiene exclusion, de Mõja expressamẽte, la tiene tacita, y virtual en tener anejo vn oficio de Regidor; a el qual està aneja jurisdiciõ ciuil, y criminal, como son en las causas de treynta mil marauedis, de yeguas, y otras que son ciuiles, y en las criminales por recusacion de la justicia, conforme a las leyes del Reyno; y lo resuelve Castillo de Bobadilla en el capitulo de oficio, y poder de los Regidores, q̃ por estas dos calidades es incompatible en muger, y monja; y asi llegando a esta questiõ lo resuelue en proprios terminos Dõ Iuan del Castillo lib. 3. cap. 12. per totum, præsertim num. 54. & seqq.

En quãto a la pretẽsiõ de los dichos doña Maria Marmolejo, y cõsortes, en q̃ pretenden que se ha de hazer particion, y q̃ se ha de impedir la possession, que se le transfirió a el dicho Don Pedro por ministerio de la ley de Toro, es sin fundamento, requiere largo conocimiẽto de causa; y quã do sea alguno el derecho, à de ser en razõ de la propriedad, y via ordinaria, por estar, y auer estado estos bienes en poder de terceros, con titulo, y buena fee; y asi esperamos que se ha de determinar en fauor de el dicho Don Pedro Barba. Salvo, &c.

Doctor Alonso Franco.